

義務付け・枠付け見直し検証研究会 4

枠付けの緩和の向かうべき方向性⁽¹⁾ — 法令のカスタマイズおよびオペレートとその方策 —

千葉 実

一 問題の所在等 — 現在の枠付けの緩和の取組みは正しい方向に 向かっているか —

法律、政省令及び規則（以下「法令」という。）は、自治体事務に関するものである場合、実際に運用する自治体にとって、「自治」そして「住民の福祉の増進」のきわめて重要なツールである⁽²⁾。しかし、国が制定する以上、全国どこでも通用し得るものに作られるのは当然である。一方で、自治体が直面する課題の内容や程度は地域の地理的・自然的条件および歴史的・社会的条件（地域特性）によってかなり異なり、かかる法令を何らの工夫も施すことなく機械的に用いても望ましい結論はなかなか得られない。また、時間の経過等によっても課題の態様や深刻度は変容するが、解決のツールであるはずの法令は時代の後を追うことの方がはるかに多い⁽³⁾。したがって、自治体事務に関する法令は、その時々「状況」も加えた「地域特性『等』」⁽⁴⁾を十分に反映して柔軟に機能し得るものでなければならないし、そのように運用されねばならない。

(1) 本稿は、2013年4月13日に開催された地方自治総合研究所「義務付け・枠付け見直し検証研究会」での報告内容をベースに議論を深めたものである。

(2) 筆者は、法令および条例とは、課題解決のための政策を実現したり紛争を予防し処理するために民主的に定めたルールでありツール（道具）であると考えている。いわゆる「法道具主義」である。これに対しては、厳格な法治主義の論者から批判を受ける場合がある。その批判にも傾聴すべき点が多く含まれているが、「法を道具におとしめるな」「法自体が真理である」との思いや、「はじめに法ありき」との「自然法」的な認識が強すぎ、法は「人工物」であるという点を軽視し過ぎているように思われる。

(3) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣・2008年）295頁参照。

(4) 条例論について質・量ともに群を抜く北村喜宣の議論においても、地域特性のみが採り上げられているように思われる。ただし、地域特性の反映は法令の「地域適合化」であるのに対し、状況の反映は法令自体の「up to date 化」であり、両者は本質的には異なるのかもしれない。

その方策として、自治体による法令の自主解釈（地方自治法2条12項）をベースに、条例によって法令の定めを具体化したり内容を補正・変更する「条例による法令の上書き（以下「上書き」という。）」⁽⁵⁾が、条例制定権の範囲と限界——とりわけ法律と条例の抵触関係——という論点の発展型として、これまでも活発に議論されてきた。なお、「上書き」という用語についても多様な議論があるが、本稿ではさしあたって、「国の法令を自治体の判断で書きかえる」⁽⁶⁾という意味で、条例委任又は補正も包含するものとして用いる⁽⁷⁾⁽⁸⁾。法令が明文で全ての地域特性等に対応できるはずもなく、自治体が上書きによりそれを柔軟に運用すべきことは、一般論として、各方面でも当然のことと受け止められてきた。問題は、その具体的な程度や方法である。現行法でも、大気汚染防止法（大防法）および水質汚濁防止法（水濁法）の排出基準や地方自治法（自治法）の事務処理特例制度などのように、法律で明文化しているものも存在するが、全体的に見ればまだまだ例外的である。

-
- (5) 上書きについて正面から定義しているものは存外になかなか見当たらない。本稿では、人見剛「自治立法権と条例制定権の範囲・限界」法教368号（2011年）6頁以下・58頁によっている。田中孝男『条例づくりのための政策法務』（第一法規・2010年）165頁も同様の理解であり、実務においても研究の場においても概ね共有されているように思われる。
- (6) 磯崎初仁「法令の規律密度と自治立法権——地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて」北村喜宣＝山口道昭＝出石稔＝磯崎初仁（編）『自治体政策法務——地域特性に適合した法環境の創造』（有斐閣・2011年）368頁以下・378頁。上書きとは、「すでにあるデータファイルの上に別のデータファイルを記録すること」すなわち「オーバーライト」である（大辞林）とすると、磯崎の整理が常識的な理解であろう。
- (7) 出石稔「義務付け・枠付けの見直しと条例による上書き権——自治体の条例制定権への影響——」都市問題研究62巻1号（2010年）63頁以下、磯崎・前註6論文は、条例の「補正」と「上書き」は似て非なることを指摘する。当初用いられた上書きという言葉に、自治体側は高い自由度を得る本質的な改革を期待したにも拘わらず、ほとんど公の議論がないまま地方分権改革推進委員会（以下「二次分権委」という。）は突如、「条例委任・補正」にトーンダウンさせた。このことが、今回の「改革」が現場で盛り上がらない主要な原因となっている（北村喜宣「第1次地方分権改革と自治体の対応——法律実施条例をめぐるいくつかの動き」都市問題101巻6号（2010年）61頁以下・68頁参照）ことを踏まえると、筆者も条例委任・補正を含めて上書きと称することに躊躇がないわけではない。しかし、「補正・変更」と「上書き」が混在すると解り難くなること、「補正・変更」を含めた議論全体のブラッシュアップを期待して、本稿では両者を含めて「上書き」と総称する。
- (8) 上書きとは、制定主体が異なるのに、自治体が条例を用いて自治体政策（施策）等を一方的に法令に溶け込ませることもある。これは、国が制定する法令を自治体が運用することに起因するが、国会が唯一の立法機関であること（憲法41条）とどう調和させるか等興味深い論点を含んでいる。この点について、北村喜宣「分任条例の法理論」自治研究89巻7号（2013年）17頁以下・23頁は、「立法権の移譲」と整理する。

いわゆる一次分権改革⁽⁹⁾により1999年に地方分権一括法が制定されても、条例制定権の範囲は個別の法令レベルにおいて具体化されていないが⁽¹⁰⁾、一部の自治体では様々なチャレンジが行なわれてきた⁽¹¹⁾。二次分権改革により、2011年に一次および二次の、2013年に三次の「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」（一～三次一括法）が制定され、「枠付けの緩和」の制度的整備が進められている⁽¹²⁾。それらを受けて、筆者が属する岩手県をはじめ他の自治体が法定基準を上書きする条例（以下「基準条例」という。）の制定や改正（以下「制定等」という。）を行っており、上書きは新しいステージに向かったと言えよう⁽¹³⁾。

(9) 本稿では、1995年に発足した地方分権推進委員会（以下「一次分権委」という。）での議論を基に2000年に施行された「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（地方分権一括法）に結実した取組みを「一次分権改革」と、2007年に発足した二次分権委での議論を基に現在も進められている取組みを「二次分権改革」と呼ぶ。2009～2012年までの民主党政権下での「地域主権改革」の位置づけにも議論はあるところだが、二次分権改革に連続するという理解が一般的であるように思われ、本稿でも同様とする（一次分権改革および二次分権改革並びに地域主権改革を以下では「分権等改革」という。）。

なお、現在までの分権等の取組みを「改革」と称するに相応しいかは疑問の残るところである。一次分権も当初は「改革」ではなく「推進」であった。改革とは「基盤を維持しつつ、社会制度……などをあらため変えること」「よりよくあらためること」（大辞林）である。既成の制度を根本的に変革する「革命」ではないにせよ、単なる「改善・改良」ではない。従来できなかったことが可能になり、現在の制度ないしは社会システムの内容を抜本的に向上させてこそ、その名に相応しい。現在の枠付けの緩和も、「法令規定条例」を多少なりとも前進させる立法的解決ではあるが、解釈・運用でも十分可能だったものを立法により確認するに過ぎない部分も少なくない。

(10) 条例制定権の拡大は「未だ可能性の段階にとどまっている」（北村喜宣『法定自治事務に関する条例』の可能性『分権改革と条例』（弘文堂・2004年。以下「北村分権条例」という。）116頁以下（初出2002～2003年）・116頁）と評価される始末であった。

(11) しかし、一次分権委および二次分権委双方で委員として中心的役割を果たした西尾勝は改革の成果を十分に活用できているとは言えないと警鐘を鳴らす（「地方分権改革の成果を活用せよ」『平成23年度自治振興セミナー講演録』（地方自治研究機構・2012年）104頁以下）。

(12) 地域主権改革および一次・二次一括法を解説するものとして、地域主権改革研究会（小早川光郎監修）『地域主権改革』（国政情報センター・2011年）、小泉祐一郎『地域主権改革一括法の解説 自治体は条例をどう整備すべきか』（ぎょうせい・2011年）、川崎政司（編）『「地域主権改革」関連法 自治体への影響とその対応に向けて』（第一法規・2012年）がある。これに加え、廃案となった「旧・三次一括法」まで解説するものとして岩崎忠『「地域主権」改革 第3次一括法までの全容と自治体の対応』（学陽書房・2012年）がある。2013年6月に制定された新・三次一括法は、旧・三次一括法（69法律）に第四次見直し分を加えた74法律を対象にすることから、同書は現時点までの一連の改革の殆どを網羅したものといえよう。

(13) 「総合特別区域法」（総合特区法）も2011年に制定され、条例による規制の特例措置が設けられている。また、同年に発生した東日本大震災津波（法令上は「東日本大震災」であるが、筆者が属する岩手県では津波による被害が甚大であったことからこのように称しており、本稿もこれに倣う。）による未曾有の被害からの復旧・復興のため、必要に応じ条例による特例措置を認める「東日本大震災復興特別区域法」（復興特区法）も同年に制定された。上書きという点からは、これらの二法を巡る取組みや議論も大きな意味を有するが、本稿では必要最小限の範囲で触れるにとどめる。

なお、一次分権委最終報告（2001年）以来、法令の規律密度を下げる取組みは「義務付け・枠付けの緩和」と総称されている。しかし、二次分権委二次報告（2008年）によると、「義務付け」とは自治体の一定種類の活動そのものについての義務付けであるのに対し、「枠付け」とは「自治体の活動について〔の〕手続、判断基準等」すなわち方法の制約であると区分されている。義務付けは、それが解かれた時点で「非」法定自治体事務になり根拠「法令」がなくなるので、その地域特性等の適合という論点は消える。一方、枠付けが緩和され解かれても当該事務の根拠法令は存続するので、かかる論点は残る。同報告は、両者は「連続的な概念」なので区分せず一体として見直すとしているが、一緒くたに議論されるべきものではなかろう。また、上書きは、法令で事務を行なうこと自体は自治体に義務付けられたままであるが、これまでがっちり枠付けられていた事務の方法等である法律の実施基準の制約を緩め、自治体が地域特性等を踏まえながら、必要に応じ当該基準を修正し条例で定めるというものである。本稿では、自治体事務の大半を占める法定された事務——法定自治体事務——について、当該地域における民主的な「法」である条例を用いながら、根拠となる法令を地域特性等に適合させ住民が満足できる課題解決に寄与させることを目的としているので、「枠付けの緩和」にターゲットを絞る。

これらを踏まえた場合、現在の枠付けの緩和の取組みが本来目指すべき目的はどのようなものだろうか。その目的は達成できているか。不十分であるならば、根本的かつ現実的な改善案としてはどのようなものが考えられるだろうか。

上書きの議論では条例に注目が集まりがちだが、本稿では、法定自治体事務の根拠である法令をいかに地域特性等にフィットさせ柔軟に運用するかという視点を明確化し、上書きをその一つの手法と捉え、分権等改革における位置づけを意識しながら推論する。以下では、枠付けの緩和および上書きの本来目指すべき目的を確認し、現在の取組みを評価しながら課題を抽出し（二）、それを踏まえて、自治体が上書きで対応するならどうあるべきか（三）、さらに進んで、法令との適切な役割分担を踏まえ条例がはじめから決定できる範囲や程度を拡大する方策を提案する（四）。より望ましい結論に至るためには、立法論ないしは立法論的な解釈論を展開する必要がある。本稿では、方向性にとどまらざるを得ないが、あるべき姿としての法令と条例の役割分担についても触れる。それは、国と自治体および都道府県と市町村の役割分担と連携・協力の在り方という分権等改革が究極的に追求する論点そのものでもある。最後に、今後の研究課題を確認する（五）。

なお、本稿では、筆者が所属する岩手県の取組みを論じる部分もあるが、一切の評価や意見等はあくまで筆者の個人的な見解であることをあらかじめお断りする。

二 枠付けの緩和の目的と達成の状況 — 条例論からの評価 —

法定自治体事務の根拠となる法令を地域特性等に適合させる枠付けの緩和や上書きの取組みは緒に就いたばかりである。これを全ての行政活動に広げながら理想的なものにするには、継続的かつ自動（働）的にブラッシュアップしていく仕組みにしなければならず、そのため一層理論的な議論を行なう必要がある。実際には条例の制定等を介して実現していくので、あるべき条例を追求する条例論の立場からアプローチする。多様な論点が錯綜するので、議論の方向性を見失わないためにも、はじめに枠付けの緩和本来のあるべき目的を確認し、それに適っているかという視点から現在の取組みを評価し課題を抽出する⁽¹⁴⁾。

1 枠付けの緩和の目的 — 地域が「最適解」に達し得る法環境の整備 —

枠付けの緩和とは、端的には実際に法令を運用する自治体がその実施基準を「条例で決定できるように変えること」である。しかし、課題解決のツールに過ぎない法令および条例を「変えること」自体が目的ではない。それにより自治体の裁量権や条例制定権は量的にも質的にも拡大するとされているが⁽¹⁵⁾、それも社会システムのうちの地方自治というツールの充実にとどまり、究極の目的にはなり得ない。それでは、枠付けの緩和は最終的には何を指すものなのだろうか⁽¹⁶⁾。

多くの自治体事務の根拠は法令であるが、その明文のみできわめて多様な地域特性等に応じたメニューを用意しきれないので、適時適切に改正したり、法令自体を柔軟化する必要がある。しかし、法令改正は実務的にも政治的にも簡単なものではなく、機敏性や機動性に欠けることも少なくない。したがって、自治体が自主解釈等を通じて現行法を柔軟に

(14) 条例論としては「基準条例の適法性」はきわめて重要な論点であるが、本稿は枠付けの緩和の目指すべき方向性を見据えることを目的としているので、その検討は他日を期す。

(15) たとえば、大村慎一「義務付け・枠付けの見直しに関する条例制定の動向」自治体法務研究 31号（2012年）6頁以下・6頁参照。しかし、現在の不十分なレベルの枠付けの緩和が、本当に自治体の裁量権と条例制定権を量的にはともかく質的にも拡大させると言えるかは疑問の残るところである。

(16) そのもその分権等改革の意義から検討すべきである。西尾勝『自治・分権再考～地方自治を志す人たちに～』（ぎょうせい・2013年）3頁、宮脇淳『創造的政策としての地方分権 — 第二次分権改革と持続的発展』（岩波書店・2010年）33頁は、同改革は究極的には住民自治の拡充を目的とするとしている。

運用しなければならない。その営みは住民の福祉の増進を目的としているし、正統（当）性と安定性を備える必要があるので、当該地域で民主的に定められる「法」としての条例により行なわれるべきである。

すなわち、法定自治体事務の根拠である法令にこそ注目し、それを地域特性等に適合および柔軟化させるため、条例を用い、住民等が満足する「最適解」を選び得る「法環境を整備すること」が枠付けの緩和の「真」の目的と言えよう。

2 条例による法令の「アジャスト」から「『カスタマイズ』および『オペレート』」へ

(一) 法令の「国の意向に忠実な運用」から「アジャスト」へ

法定自治体事務の多くはかつての機関委任事務であったことから⁽¹⁷⁾、根拠となる法令の「適正な」運用とは「国の意向に忠実であること」と国も自治体も認識していたように思われる⁽¹⁸⁾。当該事務の割合の多さゆえに、「法定外」自治体事務も含め全ての事務について、自治体はかかる意識で行なうほど「洗脳」されていたとさえ思われる。

そのなかでも、一部の先進自治体が解釈を通じ法令の柔軟化等を実践してきたが、地方分権一括法により自治体の法令自主解釈権が確認されたことから（自治法2条12項）、その動きは全国的に急速に拡大した。とは言え、柔軟化の程度は調整・調節にとどまり、「ファイン・チューニング（fine tuning）」と表現されるほどであった⁽¹⁹⁾。しかし、それでは「微調整」との語感があり、法令制定等の主体である国にかなり配慮しているように感じられる。

(17) たとえば、北村喜宣「新地方自治法施行後の条例論・試論」北村分権条例50頁以下（初出2000年）・54頁および宮脇・前註16書35頁は、都道府県では約8割が機関委任事務であったとする。

(18) 2012年度岩手県立大学大学院公共政策フォーラム「条例論の地平——地域主権改革と東日本大震災津波からの復興をふまえて——」討議『2012年度公共政策フォーラム講演録』（岩手県立大学大学院総合政策研究科【非売品】・2013年）63頁以下・65頁〔千葉実報告〕、自治体法務N A V I 50号（2012年）46頁以下・49頁〔千葉実報告〕参照。西尾・前註16書73～75頁、大橋洋一「条例論の基礎」『現代行政の行為形式論』（弘文堂・1993年）341頁以下（初出1993年）・342頁も参照。

(19) 北村喜宣『自治体環境行政法（第6版）』（第一法規・2012年。以下「北村環境行政法」という。）8頁。

分権等改革が進みつつある現在の法環境では、法令について自治体は必要に応じ相当な程度の調整・調節ができるはずである。それは多少の修正も含意する「アジャスト (adjust)」と表現できよう⁽²⁰⁾。2007年に改正された岩手県の「循環型地域社会の形成に関する条例」は廃棄物処理法上の産業廃棄物処理業等の許可取消し基準を具体化したり、2006年に制定された横須賀市の「宅地造成に関する工事の許可の基準及び手続に関する条例」は宅地造成等規制法上の工事の技術的要件に横出し基準を追加するなど、自治体において条例による法令のアジャストは広く実践されてきた⁽²¹⁾。

(二) 法令の「アジャスト」から「『カスタマイズ』および『オペレート』」へ

法令のアジャストにより枠付けの緩和の目的を十分に達成し得るであろうか。

法令も条例も究極的には憲法的価値の実現を目指しベクトルとしては同一方向を向いているので、その範囲内である限り両者が衝突することは本来あり得ない。したがって、自治体事務に関する法令と条例においても、我々は両者の抵触に戦々恐々するのではなく、法令の運用における自治体の裁量⁽²²⁾の幅 (range) をできる限り広げ、その長さ (length) を可能なだけ伸ばし、直面する課題等に対応できるようその柔軟性を高めるべきである。その点、アジャストは、法令を「自らのもの」ではなく「よそ (他者) が作った既成のもの」として、当面の具体的妥当性を確保する「その場しのぎ」のイメージが付きまとう。地域特性等に深く、きめ細やかに、そして機敏に適合し、広く住民等が納得する最適な結論を得るには、もっと法令の「懐」に入りこまなければならないのではないか。法令を「当該地域仕様」にするよう主体的に取り込む必要があるのではなからうか。

法令や条例は統治や自治の社会的「システム」かつ「ツール」の一つであり、地域特性等を反映させる条例は法令を柔軟化する手段と捉えることができよう。すると、効果的かつ効率的な運用を目指すという共通点から、多様な機能を有する法令を「コンピューター (最も身近にはパソコン)」に、それを実際に動作させるための条例を

(20) 小学館プログレッシブ英和中辞典 (第4版) (小学館・2003年) (以下「プログレッシブ英和辞典」という。)によると、名詞形の adjustment は調節・調整・適応・適合・調和に加え、修正・補正を意味するとある。

(21) 北村・前註7論文は、これらの条例を網羅的に解説している。

(22) 北村喜宣は自治体事務についての法律の授權範囲をベクトルにたとえて説明する (『環境法 [第二版]』 (弘文堂・2013年) 93~95頁、北村環境行政法37~41頁)。立法目的や運用主体の裁量をこのベクトルに置き換えるとイメージし易いであろう。

「ソフトウェア」に置き換えることも可能であろう⁽²³⁾。「ユーザー」である自治体はパソコンに当たる法令を使いこなしたいと考えるし、住民からもそう期待されるであろう。そこでは、運用（ユーザー）側の自治体が尊重されなければならないので、視座を制定（メーカー）側から転換すべきなのである。

具体的には、パソコンを可能な限りユーザーの使い勝手が良いようにし、動作のスピードや柔軟性を向上させる「カスタマイズ（customize）」が連想されよう。法令の地域特性等への適合化は、運用主体である自治体の「主体性」の如何にかかっている。調整等というアジャストより、自分が使い易いように作り替え、編集するカスタマイズの方が、一層ユーザーの意思や主体性が尊重される。そもそも、ツールである法令をユーザーである自治体および地域特性等に適合させるのであり、その逆であってはならない。また、カスタマイズは設計者の視点を求めるので、より根本的（radical）な対応につながっていく。運用すべき現行法を否定はできないが、直面する課題を抜本的に解決するには、核心となる原因をつきとめ根本から解消する必要がある。現行法についても、あるべき姿に近づける目的論的解釈が必要となろう。ここでは、法令の側から事実を見て現実との調和を図るアジャストではなく、事実と解決方法を出発点かつ到達点として法令を分析しそれらにフィットするよう作り替えるカスタマイズの方が望ましい。

加えて、パソコンが有する多様な機能をユーザーが使いこなす「オペレート（operate）」という姿勢が求められよう。オペレートとは、「操作する」、「巧みに操る」と訳されるが（プログレッシブ英和辞典）、「使いこなす」⁽²⁴⁾ことであり、効果的に作用させることとも解される。法令を積極的に使おう⁽²⁵⁾とする自治体は、オペレートするという意識になっていくであろう。

(23) 法令をウィンドウズなどの「OS（operating system）」に、条例を文書作成ソフトなどの「アプリケーションソフト（application software）」に置き換えることも可能であろう。磯部力「分権改革と『自治体法文化』」北村ほか編・前註6書61頁以下・65頁や北村喜宣「改良ベクトル説！——法律による命令の構造——」『自治力の爽風』（慈学社・2012年）42頁以下・42頁も分権改革を「OSの変更」と評する。この場合のOSとは「法環境」を意味しているものと思われる。

(24) 北村喜宣「景観法が拓く自治体法政策の可能性」『分権政策法務と環境・景観行政』（日本評論社・2008年。以下「北村分権政策法務」という。）197頁以下（初出2005年）・204頁。

(25) 法律と自治体職員との関係について、しばしば引用される磯崎初仁の「法律を使おうとする職員」「法律に使われる職員」（たとえば、磯崎初仁『自治体政策法務講義』（第一法規・2012年）281～282頁参照。）の含意と相通ずるところがあると思われる。

アジャストも、一歩進んだカスタマイズおよびオペレート（以下「カスタマイズ等」という。）も法令の望ましい運用を目的としているが、法令と条例に関する視座と「法令を地域特性等へ適合させる程度」に違いがある。

3 法令のカスタマイズ等という視点からの現在の取組みの評価

(一) 法令のカスタマイズが行なわれていると言えるか

(1) 上書きを「義務付け」たことと上書きの範囲を拡大したことの意義

現在の上書きにより法令をカスタマイズしていると言えるだろうか。

上書きは実際に法令を運用する自治体がそれに地域特性等を反映させるものであるから、上書きするか否か、どの部分を上書きするかは、本来自治体が決めるべきことである⁽²⁶⁾。しかし、一～三次一括法は、基準条例の制定等を「義務付け」ている上⁽²⁷⁾、その項目や領域（以下「項目等」という。）も定めており、その内容も基本的・根幹的な事項ではなく、政省令が定めている程度のものにとどまっている⁽²⁸⁾。

枠付けの緩和は国（法令）の自治体（条例）への関与を減らすことでもあるが、それには法令が関与する項目等を減らしたり枠組みだけを示すにとどめ「量的に減らす」方法と、条例による運営を法令に優先させ⁽²⁹⁾「質的に弱める」方法の2つが考えられる。現在の取組みは条例による法令の上書きを目指しているから、後者の方法が選択されたことになる。

現在の取組みでも、法令を動かす実施基準を条例で定めるのだから、形式的には一定程度のカスタマイズ等を行なわれていると言えるし、明文で正面から上書きを認めたのだから、そのこと自体の意義は大きい⁽³⁰⁾。一次分権改革では自主解釈を通じて上書きが可能であることを確認したという意味でソフト面での整備であったのに対し、今回の取組みでは正面から上書きできることを明確にしたと

(26) 北村喜宣「自治立法権の活用」月刊自治フォーラム609号（2010年）2頁以下・3頁参照。

(27) 小早川光郎＝北村喜宣「対談 自治立法権の確立に向けた地方分権改革」都市問題100巻1号（2009年）27頁以下・38頁、北村喜宣＝出石稔＝磯崎初仁＝山口道昭「自治体政策法務の連載をふりかえる」ジュリスト1411号（2010年）74頁以下・96頁〔出石発言〕同旨。

(28) 小泉・前註12書100頁参照。

(29) 小泉・前註12書11～12頁参照。

(30) 小泉・前註12書65頁参照。

いう意味でハード面での整備であり、地域特性等を反映し得る可能性は広がったと言えよう。

(2) 上書き可能な範囲が狭すぎること

必要に応じてではあるが、自治体個々にぴったりフィットするよう「自分仕様」に法令の実施基準を作り替えることができこそ、カスタマイズと呼ぶにふさわしい。

しかし、現時点の上書きは一～三次一括法に盛り込まれた項目等に限定されており、そもそも法定受託事務が除かれ、法定自治事務についても施設の設置基準等に限定した議論からスタートしている⁽³¹⁾。二次分権委の議論にも時間的な制約等があり、不十分であっても、まずは実行して風穴を開け、今後全体的に検討するということのように⁽³²⁾理解できる面もある。しかし、分権等改革が自治体の自己決定・自己責任の範囲と程度の拡大を目指すものであるならば、どの項目等を上書きするかは当該自治体が必要に応じ自由に選ぶことができ当然であり、その範囲を限定すべきではない。

また、「他とは違う」という意味での地域特性等を色濃く反映させるには、「どの項目等」(what)を上書きするかより、「どの程度」あるいは「どうやって」(how)反映させるかが重要であるように思われる。実体的かつ具体的に「どう立法するか」という制度設計等の「自由度」でもある。

このように、上書きの項目等が限定されているだけでなく、その程度についても従うべき基準等による制約も厳しい。これらの点についてさらに検討を加える。

⊖ 個別法かつ明文主義であること

現在の取組みは、「個別法」に「明文」で規定してはじめて条例補正ができ

(31) 松本英昭「義務付け・枠付けの緩和に関する取組み状況について」自治総研414号(2013年)1頁以下・4頁参照。

(32) 二次分権委委員であった小早川光郎は、「順序としては現在ある個別法を削いでいって、後で全体に網をかける、将来の問題も含めてそうした方向の可能性を考えることは、できればやってみたい」(小早川＝北村・前註27対談34頁)、「法定受託事務についても任期中に何らかの方向性は出していかなければならない」(同「[インタビュー]」ガバナンス2008年12月号12頁以下・13頁)と述べている。金澤和夫「自治立法権・自治行政権の拡充に向けて 義務付け・枠付けの見直しを中心に」都市問題100巻8号(2009年)64頁以下・65～66頁も、法定受託事務や政省令での枠付けの見直しは「次のステップの課題」とする。

るといふ、いわば「創設規定的」に構成されている⁽³³⁾。条例制定の根拠はあくまで憲法であって法令ではない⁽³⁴⁾。これでは憲法に適合的ではない。

また、一次分権改革により、かつての機関委任事務のほとんどは自治体事務とされたのだから、「当該事務に関して、地域の実情への対応を自治体が行う法政策的自由を国会が承認したものと、理解すべきである」⁽³⁵⁾。それなのに、個別法かつ明文主義だと、基本的な決定も国が行なうことになり⁽³⁶⁾、かかる自由を制約どころか否定することになりかねない⁽³⁷⁾。しかも、政府解釈で法定受託事務でさえ委任がなくとも条例制定が可能とされている⁽³⁸⁾のに、自治体事務までも創設規定とするのは合理的ではない。当該事務についての上書きには明文は不要で、せいぜい確認規定であるとの整理でないと論理的に矛盾するのではないか⁽³⁹⁾。

また、せっかく自由度を意識した地域特性等を反映した政策法務を展開し始めていた自治体を「明文の規定がなければ上書きできない」と意識付け⁽⁴⁰⁾、冷や水を浴びせることにもなりかねない。

-
- (33) 二次分権委もそう認識していることが三次勧告からも読み取れよう。山口道昭「『国と自治体の政策対立』と政策法務（一）（二・完）」自治研究86巻1号（2010年）95頁以下、同巻2号（2010年）69頁以下・（一）104～105頁参照。北村喜宣「地方分権の推進と環境法の展開」北村分権政策法務80頁以下（初出2003年）・89頁は、明文の規定が必要であるのは条例の制定ではなく、否定の時であるとする。
- (34) 松本英昭『新版 逐条地方自治法<第6次改訂版>』（学陽書房・2011年）148頁は、憲法94条と同義とされる自治法14条1項も個別法主義によらないことを明確にしていると指摘する。
- (35) 北村・前註10論文120頁。
- (36) 岡田博史「自治体から見た地方分権改革——自治立法権に焦点を当てて」ジュリスト1413号（2010年）22頁以下・23頁は、個別法主義により「『上書き』の可否を、実質的には内閣提出法案を検討する中央省庁が判断することとなる」と指摘する。
- (37) 西尾勝『地方分権改革』（東京大学出版会・2007年）266頁は、これでは包括的な「自治立法権ではなしに、委任立法権」であり、「立法権の分権ではなく、立法権の分散」に過ぎず「次善の策」であるとする。
- (38) 北村喜宣「法定受託事務と条例——産業廃棄物処理施設設置許可事務を例にして」北村分権条例88頁以下（初出1999年）・95頁、斎藤誠「自治体立法の将来——義務付け見直しの内外・国際条約と条例」『現代地方自治の法的基層』（有斐閣・2012年）328頁以下（初出2009年）・332頁は、地方分権一括法の国会審議で、自治大臣が法定受託事務についても「法令の明示的な委任を要さないで条例を制定できるようになった」と答弁したことを指摘する。
- (39) 北村ほか・前註27対談99頁〔磯崎発言〕も同旨。
- (40) 出石・前註7論文72～73頁も同旨。

㊦ 法定受託事務を対象外としていること

現在の取組みは「『法定』自治事務」に限定しているが、法令により枠付けられている弊害を解消するのなら「『法定』受託事務」も対象とすべきである⁽⁴¹⁾。

全体的なボリュームや改革の実現可能性や自治事務の趣旨⁽⁴²⁾から、「最低でも法定自治事務だけは何とかしたい」と二次分権委および中央政府が考えたとしても無理もないことである。しかし、いちど改革すれば当分事態が動かなくなることも想像に難くない。戦略的には、範囲を限定してでも最も枠付けが厳しく所管省庁の抵抗も強い法定受託事務から手をつけ、「法定受託事務でさえあそこまでできたのだから」という状態を創出する方が良かったのではないか⁽⁴³⁾。

㊧ 法定自治事務のなかでも施設設置基準に限定していること

かかる法定自治事務についても、既に分権等改革の趣旨に合致しているとして検討対象からはずされたものもあることに加え⁽⁴⁴⁾、二次分権委そして中央政府の検討過程で全体的に対象条項は絞り込まれていった⁽⁴⁵⁾。しかも、検討の材料は見直しに消極的な省庁側から提示されており、洩れがなかったかという懸念もある⁽⁴⁶⁾。さらに、事実上の枠付けを行なっている政省令を見直しの

(41) 前註32の各論文等および松本・前註34書178頁参照。

(42) 鈴木庸夫「地方公共団体の役割及び事務（1条の2、2条）」小早川光郎＝小幡純子（編）『あたらしい地方自治・地方分権』（有斐閣・2000年）62頁以下・65頁は、自治事務についての規律は条例が原則で（条例主義）、国の法令によるのは例外であり、特に条例の余地を排除する場合には国に立証責任があるとする。

(43) 北村喜宣「基準の条例化と条例による追加・加重、上書き権」辻山幸宣＝菅原敏夫『基準設定と地方自治』（公人社・2011年）85頁以下・91頁は、戦略としては、分権の観点から見直すことでその相場ができるとして「不十分にしか条例規定を設けていない自治事務をまず対象にすべき」だったとする。

(44) たとえば、開発許可の基準に関する都市計画法33条3項。出石・前註7論文73頁参照。斎藤・前註38論文334頁は、条例補正があるだけ「ましという政策判断……による」としている。なお、北村喜宣「法律改革と自治体」公法研究72号（2010年）123頁以下・128～129頁は、現在、不十分ながらも条例補正が認められているものを十分に掘り下げて、枠付けの緩和の行き着く先の「相場」を形成する作業から取り掛かるべきだったとしている。前註43も同旨。

(45) 上林陽治「義務付け・枠付けの見直しとはなにか～見直し条項数の量的分析～」自治総研375号（2010年）70頁以下・103頁は「見直しを図るべきとする条項数はその割合を小さくしてきてしまった。その原因は、『委員会』自身が検討対象を狭めてきたこと、その結果、国が法令で義務付け・枠付けできる範囲を広く残存させてしまったのではないか」とする。ただし、二次・三次一括法では二次勧告の対象外だった法律や条項も対象とされた。

(46) 小早川＝北村・前註27対談37頁参照。

対象から外すなど⁽⁴⁷⁾、形式的な判断で検討対象は狭まっていった。

実際、現時点で上書きが認められているのは二次分権委二次勧告が「特に問題がある」項目とした施設の設置基準のみである。なぜ、「いま」「ハコ物」の基準に限定して見直すのか⁽⁴⁸⁾。同勧告は「(二次分権委の)調査審議等を踏まえ……特に問題があ[る]」項目等としており、政府関係者が執筆した解説書は「(二次分権委の)調査審議、とりわけ各府省からのヒアリングにおいて特に問題があると指摘が多かった……枠付けの類型」としている⁽⁴⁹⁾。一方、複数の関係者は「地方六団体すなわち自治体側から改革を求める事務であったから」としている⁽⁵⁰⁾。たしかに、「施設・公物は、自治体が施策を展開するため不可欠な物的手段」であるし⁽⁵¹⁾、公の施設であれば設置条例(自治法244条の2第1項)があるので手を着け易い項目等であろう⁽⁵²⁾。しかし、自治体事務の力点がシフトしているソフト部分での裁量こそが現在は重要であるのに対し⁽⁵³⁾、ハコ物は全体的な行政サービスの質の向上への影響はそれほど大きくも、直接的でもないように思われる。分権等改革は、究極的には地域住民の福祉増進のためのものであるので、その住民が変化と効果を実感できないなら

(47) 岡田博史「自治通則法(仮称)制定の提案(一)(二・完)」自治研究86巻4号(2010年)105頁以下・5号124頁以下・(一)107頁参照。山口・前註33論文(一)105～106頁は、「上書き(補正)されるのは、政省令以下の法形式によって示される基準であって、『法律』本体に示された規定ではない」とする。

(48) 岩橋健定「分権時代の条例制定権——現状と課題」北村ほか・前註6書353頁以下・359頁は、「施設・公物設置管理について現存する政省令等の分類」であり、一般的なものとするには「論理的でも網羅的でもない」とする。

(49) 地域主権改革研究会・前註12書118頁参照。

(50) 一連の分権等改革に深くかかわる松本英昭も、2010年11月21日の日本自治学会第10回研究会分科会でかかる発言をしている。同旨の発言する者も少なくないが、該当する文献等は見当たらない。北村喜宣「2つの一括法による作業の意義と今後の方向性——『条例制定権の拡大』の観点から——」自治総研413号(2013年)39頁以下・56頁は、一次・二次一括法に盛り込まれた項目等について、大多数の自治体が望んだという証拠がないことを指摘する。

(51) 斎藤誠「地方分権改革の展望と課題(3) 法令による義務付け・枠付けの見直し(その2)」国際文化研修65号(2009年)44頁以下・44頁参照。

(52) 小泉・前註12書62頁参照。

(53) 二次分権委委員であった露木順一(当時)神奈川県開成町長の指摘である(西尾勝ほか「座談会 地方分権に向けて」E S P 2008年10月号4頁以下・11頁参照。)

ば真の必要性に合致していないということになるが⁽⁵⁴⁾、現在の施設設置基準の見直しだけでは、住民はかかる実感を持ち得ないのではなからうか。

(3) 上書きの程度が地域特性等にフィットしていないこと — 国の「基準」の厳しい限定や拘束 —

自治体のニーズに合致した項目等であったとしても、法令の実施基準を地域特性等にジャスト・フィットする「程度」に作り替えることができないとカスタマイズとは言えまい。どの程度フィットを図っているかを把握するには、中央政府が提示したとおりではないという意味での「独自基準」を自治体がどれだけ設けているかが一つの手掛かりになるように思われる。もちろん、上書きを行なうことや独自基準を設けること自体が重要なのではなく、中央政府が提示した基準でも十分な内容であると判断されるのであれば必ず補正を要するというわけではない⁽⁵⁵⁾。しかし、独自基準は当該自治体がより詳しく地域特性等を把握し主体的に判断して設定したものであるので、よりフィットしているはずである。また、独自条例の制定等になることから政策法務能力の向上が見込まれる⁽⁵⁶⁾等の意義も有するであろう。

㊦ 自治体の独自基準の設定の状況

① 岩手県が独自基準を設定した項目等と他の自治体の状況

岩手県は29本の基準条例の制定等を行なったが、そのうち独自基準を含むものは「特別養護老人ホームの設備及び運営に関する基準を定める条例」および「指定介護老人福祉施設の設備及び運営に関する基準等を定める条例」の2条例である。特養ホームおよび指定介護施設の居室定員はいずれも「参酌」基準で1室あたり原則1名であり必要に応じ2名とすることとされているが、上記条例によりこれを4名までに緩和した。議会審議で提案部局は、岩手県においては低所得者の率が全国より5%高いこと等「経済動向や待機者の状況、入所希望者のニーズを踏まえ、居室定員を増員することができる

(54) 千葉実「条例による事務処理の特例の現状とこれから」北村ほか・前註6書555頁以下・566頁参照。

(55) 北村・前註50論文47頁参照。

(56) 近藤貴幸「第1次一括法・第2次一括法の施行に伴う条例制定状況・地方独自の基準事例概説」小早川光郎（監）義務枠見直し条例研究会（編著）『義務付け・枠付け見直し独自基準事例集』（ぎょうせい・2013年）（以下「独自基準事例集」という。）77頁以下・102～103頁参照。

ように「[した]」と説明している⁽⁵⁷⁾。内閣府等によると⁽⁵⁸⁾、東京都、京都府、山口県や福岡県でも概ね同様の独自基準が設けられ、立法事実としてもほぼ同様の説明がなされている。もっとも、直近の法改正で居室定員が4名から原則1名となり、それを戻しているの、自治体現場は当該法令改正を「改悪」と考えていたように思われる⁽⁵⁹⁾。

② 岩手県が中央政府提示どおりの基準とした項目等についての他の自治体の状況

岩手県が中央政府提示どおりの基準としている項目についても、独自基準を設けている自治体もある。

「参酌」基準の上書きであるが、福井県は「県営住宅条例」を改正し、入居資格基準に「同居者に18歳未満の者が3人以上ある場合」（5条2項4号）を盛り込んだ。同県は「ふくい3人っ子応援プロジェクト」を立ち上げ、第3子を推奨しながら日本一の子育て応援システムの充実を目指しているが、養育費の増嵩が3人目の子供を産むハードルを上げている原因と捉え、経済的負担の軽減のため独自基準を採用したものである⁽⁶⁰⁾。香川県は「道路の構造の技術的基準に関する条例」を制定し、道路の路肩や自動車歩行者道の幅員の要件の緩和等を行なった⁽⁶¹⁾。同県は交通事故発生件数が全国ワースト上位であり、なかでも自転車事故の比率の高いことが要因となっている。秋田県は「職業能力開発校の行う普通職業訓練の基準等を定める条例」を制定し、公共職業訓練の無料化の対象を離職者から全求職者に拡大した（5条）。山形市は「図書館条例」を一部改正し、図書館運営審議会の委員の任

(57) 「（2012年9月定例会岩手県）環境福祉委員会会議録」岩手県議会HP。

(58) 内閣府地域主権戦略室（現在は「地方分権推進室」）は2012年4月以降、「義務付け・枠付けの見直しに関する地方独自の基準事例」をHPで公表し、地方議会終了毎に更新してきた。それに携わっていた大村が著した前註15論文11頁、政府関係者が執筆している独自基準事例集、行政法的と同時に行政学的にも分析した磯崎初仁「義務付け・枠付け改革と条例制定の課題」都市問題103巻12号（2012年）40頁以下も参照。

(59) 人口や経済、地理的に見ても大きく異なるこれらの自治体間で同一内容なのだから、全国的にも立法事実は同様に存在していたものと思われる。ここまで「共通」する事項を自治体が決定し条例を用いて地域特性等を反映すべきステージとするのではなく、むしろ共通部分を国が「公約数」的に汲み上げ、それにマッチした法令にすべきではないか。

(60) 田中忠範「福井県営住宅条例の改正について」独自基準事例集106頁以下参照。

(61) 馬場一浩「香川県道路の構造の基準に関する条例」自治体法務研究31号（2012年）16頁以下・19～21頁参照。

命を社会教育の関係者等に加え図書館に関するボランティア活動を行なう者（7条3項3号）を追加し、花巻市も同様に公募による市民（同市図書館条例7条3項5号）を追加した。

「従うべき基準」の上書きでは、札幌市が「児童福祉施設の設備と運営の基準に関する条例」を2012年に制定し（同条例は全部改正され、現在は「札幌市児童福祉法施行条例」）、「乳児室及びほふく室の面積は、乳児又は前号の幼児1人につきそれぞれ3.3平方メートル以上とすること」（181条2号）とした。中央政府提示の基準では、乳幼児1人当たりの面積は乳児室は1.65㎡以上、ほふく室は3.3㎡以上とされているが、同市はほふくする・しないの発育状況を運営指導する側が判断することは困難であり、保育の安全性確保の点からも両室を統合する独自基準を採用した。東京都、大阪市や京都市についてもほぼ同様の取組みがなされている⁽⁶²⁾。

㊦ 独自基準の設定状況の評価

一次・二次一括法が基準設定を条例に委任したのは29法律109条項（都道府県分26法律89条項、一般市町村分18法律44条項）であり、それに対応する各自自治体の基準条例は、都道府県で20～30条例前後に、一般市町村で10条例前後にのぼるとされている⁽⁶³⁾。㊦の状況と照らし合わせると、全体的には自治体において独自基準が積極的に設定されているとは言えないように思われる。また、せっかく定められても、福井県や香川県のように本当の意味でオリジナルな基準を設定したところもあるが、岩手県等のように直近の法令改正前の状態に戻しただけのものや、札幌市等のように細かい区分をなくし大きくりにしただけのものもあり、根本から実体的に法定基準を見直し設定したと言えるかは疑問である場合も少なくない。

㊧ 自治体側の意欲や主体性が不足していること

独自基準の設定が進まない原因の一つとしては、自治体側の意欲や主体性が

(62) 当該基準を含む「法定」自治事務に関する基準は所管省庁の補助金と密接に関係しており、独自措置は補助対象外とされるリスクもあり、それでも実施に踏み切るかもポイントである。実際に、従うべき基準を上書きしている札幌市も、これまでも独自基準を設けていたなどの歴史的「風土」があるし（花田秀二「札幌市児童福祉法施行条例について」独自基準事例集161頁以下・161頁参照。）、かかる強気の上書きを行なっている東京都や大阪市等とともに財政力が高い団体である。

(63) 大村・前註15論文6頁参照。

不足していることが考えられる。

意欲や主体性を測る一つの基準として、一～三次一括法が施行されなくても上書きすることがあり得たのか、そのために自治体側がシビアに立法事実を把握し実体的に判断しているか、日常的にあらゆる分野において立法事実の把握に努めているか、が考えられる。一～三次一括法は、基準条例の制定等が行なわれないうちは当該事務が実施できなくなるため実質的に基準の「条例決定を義務づけ」る「一律主義」を採用した。岩手県HPで公開された同県におけるパブリック・コメントの資料⁽⁶⁴⁾や議会での審議内容を見ると、どの基準条例についても、提案部局の説明等は「地域主権改革一括法の施行により……」で始まっており、「国が立法したから検討を行なった」と言わんばかりであり、やらされ感や押し付けられ感が随所に垣間見える。また、同県の基準条例の大半は中央政府が提示した基準どおりであるが、提案部局はこれまでのサービスの適正さや独自基準による事業者への過大な負担の懸念、中央政府提示の基準の妥当性や合理性、国との一体的なサービス提供を理由としており⁽⁶⁵⁾、見直さざるを得ない特段の理由が認められない限り中央政府が示す基準どおりにしておいた方が無難という姿勢が感じられる。他の自治体を見ても全体的には同様である。加えて、岩手県および他の自治体においても、基準条例の制定等に関する具体的かつ客観的なデータはあまり示されておらず、「あらかじめ」そして「どれほど」立法事実を把握していたのかは判然としない。

④ 中央政府提示の基準の拘束力が強いこと

中央政府が、国内外から多くの情報を入手し、我が国の権威による審議会等を頻繁に開催し、自前の高度な研究機関も駆使し、複数のセクションによる段階的あるいは重疊的に法案の立案や審査が行なわれる⁽⁶⁶⁾体制で活発な議論のもとに広く深く立法事実を把握し制度設計を行なっているのに対し、それらの能力や蓄積が不足している自治体の実情を考えると、一からの基準の設定を強要するのではなく、国がベースとし得る考え方を提示したことは適切である。

(64) 提案部局ごとに2012年6～7月に岩手県がHP等を通じてパブリック・コメントで意見募集を呼びかけた際の資料を参照。現在は、当該資料は引き上げられている。

(65) 岩手県議会の2012年9月定例会の各委員会会議録（岩手県議会HP）を参照。

(66) 小林明夫「立法検討過程の研究（一）～（四・完） — 自治立法学への試論」自治研究83巻8号114頁以下・12号（2007年）112頁以下、84巻2号100頁以下・3号（2008年）93頁以下参照。

国も法令運用の一定の指針を示したことにもなり、一応の制度設計全体の責任を果たしたことにもなる。反面、その基準が自治体の裁量を強く限定し拘束している面もあるように思われる。

① 従うべき基準について

現在、中央政府が示している基準は「従うべき基準」、「標準」および「参酌すべき基準」である⁽⁶⁷⁾。これらの基準には法的拘束力はないが⁽⁶⁸⁾、オーソライズされており事実上の拘束力はある。程度の差はあるが、いずれの基準も従わなければ「違法」とされており、自治体にとっては強烈なインパクトになっている。

とりわけ、従うべき基準については、違法とされる「基準と異なる内容」および「基準の範囲」は解釈によって広狭等はあるが、基本的には従うことを義務付けられているのだから、上書きの範囲を著しく限定し拘束している。これでは、法令で定めていた基準を条例に移行して定め直すことにはかならず、枠付けの緩和の趣旨に合致するとはとても言えまい。一体何の意味があるのだろうか。

地域特性への適合を「特に配慮」とされている（自治法2条13項）自治事務であるのに、一～三次一括法という「法律」により、条例の制定等だけでなく国が用意した基準に従うことまで義務付けられるのは整合的ではない⁽⁶⁹⁾。しかも、事実上は政省令により大きく制約を受けている。これでは自治法違反どころか違憲の疑いさえある⁽⁷⁰⁾。政省令は法律により委任されているとは言え、制定等において民主的手続で上回る条例が劣後するのは、

(67) 内容は二次分権委の第97回委員会（2009年10月7日）の資料を参照。枠付けの程度は法定自治事務の中でもグラデーションがあるので、三つの段階を設ける整理も一つの考え方ではあるが、なぜこのように設定されたかは説明が不足しているように思われる。北村・前註50論文49頁も同旨。西尾・前註16書154頁は、当該三類型は「従来からの発想を広く拡大適用したもの」とする。

(68) 北村・前註50論文49頁参照。

(69) 「日本自治学会研究会の要旨 『義務付け・枠付け緩和への自治体の対応』」自治日報（2010年12月3日付け）〔松本英昭発言〕参照。出石・前註7論文71頁も同旨。

(70) 鈴木庸夫「地域主権時代の条例論」ジュリスト1413号（2010年）14頁以下は規律密度が高いだけでも問題としている。

やはり不合理である⁽⁷¹⁾。

加えて、法定受託事務でさえ地域特性等に対応できるよう「それなりに配慮」されているとされ⁽⁷²⁾、その処理基準も「よるべき基準」（自治法245条）に過ぎず従わなくても直ちに違法にはならない⁽⁷³⁾のに、特に配慮されているはずの自治事務であるにも拘らず基準に従わなければ違法となるのでは均衡を失すと思われる。

この従うべき基準は当初に比べ範囲を拡大し、二次分権委の三次勧告（2009年）では標準基準だったのに、最終的には従うべき基準になっているものもある。同勧告で従うべき基準を設定する範囲を限定しているのに、政府が定めた地方分権推進計画（2009年）以降は特にその限定がない。かかる傾向は、いっそう分権等改革の趣旨と具体的な方策である上書きを乖離させているように思われる。

② 「標準」および「参酌すべき基準」について

「標準」基準は合理的な説明ができ、「参酌すべき基準」は参酌さえすれば、自治体の判断により上書きできるので分権等改革に適合的ではあるが、それに成功しなければ違法となり、かかる制度設計は自治体を委縮させかねない。そもそも両者を区分する意義はどこにあるのだろうか。基準は全て標準とし、上書きしない場合には当該基準を自治体は消極的にしろ採用したとしてセーフティーネット的に機能し当該事務を執行できるようにすると言うのなら理解はできる。参酌するだけの基準に一体どれほどの意義があるのだろうか。

(71) 磯崎・前註6論文372頁は、「立法機関自身が決められないような細部の事項は自治体に委ねるべきであるという理由で、政省令等の定めは一律廃止し、今後も政省令等への委任を行わないことにすることや、仮に政省令等に委任したとしても、条例で政省令と異なる内容を定めたときは、条例の規定を優先させること（限定的な上書き権の付与）が考えられる」とする。西尾・前註37書264～265頁も同旨であるが、加えて「自治体は法律のみに拘束され、政令、省令、告示等の行政立法には拘束されないとする立法原則」の確立が考えられるが、そうすれば逆に「細則まで法律に規定されるおそれ」が残ることを指摘する。

(72) 北村・前註10論文122頁参照。

(73) 人見剛「分権改革と自治体政策法務」ジュリスト1338号（2007年）96頁以下・99頁参照。

(二) 法令のオペレートが行なわれていると言えるか

(1) 基準条例の制定等を通じオペレートの一端は体感

現在の上書きにより、条例で法令をオペレートしていると言えるだろうか。

法令の実施基準は人体で言う「神経」と同じで、それがなくては「肉体」である法令は動かない。少なくとも、一次・二次一括法に盛り込まれた項目等については条例決定しないと法令が動かないことを全ての自治体が「体感」したはずである。なかには、条例で法令をオペレートしていることを実感した自治体も少なくなかろう。オペレートは法令に対する主体性の意識の問題でもあるので、全ての自治体に広く深く実感させ、実践するように促す必要がある。

(2) 自治体の主体性を根付かせるまでには至っていないこと

法令の柔軟化は実際にはカスタマイズによる「法令の作り替え」が中心となるが、それには自治体の「法令は自分が使うもの」との主体的な態度が必要である。法令を柔軟に機能させ、使いこなすことを目指すオペレートは自治体を起点とした営みであるが、基準条例の制定等を義務付けられ、独自基準も多くなか、自治体は「やらされ感」のもと取り組んでいるので、その意味では真にオペレートができていたとは言えない。

三 条例による法令の上書きの改善

1 上書きの方法および方式について — 本来的には通則法が適切 —

(一) 先行研究

分権等改革の目的に適った枠付けの緩和を進めるには、必要に応じ行なう上書きの項目等も程度も、自治体が自由に決定できる法環境とすべきことが確認された。それには、如何なる法形式を採るべきだろうか。

大きくは、個別法主義への批判から上書きを認める旨の規定を各個別法に「一括挿入」すること、原則として全ての法令について自治体の自由な上書きを認める「通則法」等を制定すること、明文主義への批判も加えて特段の立法を施さずに「憲法94条を直接適用」することの三つが提案されている。一括挿入方式について、北村喜宣は、「法定自治体事務を規定する法律のすべてに、『都道府県（事務の所在により、市町

村)は、この法律の施行に必要な事項について、条例を制定することができる。』という趣旨の条文を一括挿入することにより、条例制定権を明示すればよい」と主張する⁽⁷⁴⁾。通則法方式について、岡田博史は、権利義務に関する法令の規定、趣旨または目的を定める法令の規定、条例等で規定できる内容を制限する法令の規定について「条例に別段の定めがあるときはその定めるところによる」との「特則」を定める通則法の導入を主張する⁽⁷⁵⁾。松本英昭は、「地方公共団体が特定の施策を実現する……ための特例措置として……当該地域の……実情に応じて、……法令において定められた制限を強化し、……若しくは緩和することができ、若しくは法令の規定にかえて適用すべき事項を定めることができる」という旨の規定を自治法に置くことを提案する⁽⁷⁶⁾。かかる法令の制定等は困難であることも踏まえ、北村喜宣は「憲法94条を直接適用」し、解釈論のみで自治体が「勝手に」上書きを進めることを提案する⁽⁷⁷⁾。

(二) 検討

一括挿入方式も、最終的には個別法に書き込むので、法令による創設であることになる。また、個別法の規定を捨てるというベーシックかつ相当な労力を要する国の作業が残るうえ、「拾い漏れ」ならまだしも、意図的な「除外」さえ懸念されないではない。一方、通則法等方式は、対象が広範に過ぎかねない懸念もあるし、自治事務はそもそも法令の規定がなくとも相当広く上書きが可能であるとの立場に立てば決定的な決め手を欠くように思われる。素直に考えれば、法定受託事務まで対象となるので、省庁の激しい抵抗が容易に想像され、実現は困難であろう。憲法94条直接適用方式は、立法措置も要さず現実的であるが、自治体は直接憲法に「触れる」ことを避けるきらいがある。

このようにいずれの案も課題はあるが、自治体が地域特性等を把握し、その判断で必要なものを必要なだけ上書きできるように制度的に保障するのであれば、理想に近い形で実現できる通則法等方式を目指すべきである。一括挿入であれば、項目等の「選択権」は国が保持し得るが、一括挿入後の個別法も結果的には通則法等と同じ程

(74) 北村喜宣「法令の規律密度をいかにして緩和するか」北村分権政策法務52頁以下（初出2007年）・58頁参照。

(75) 岡田・前註47論文参照。

(76) 松本・前註31論文17頁、同「自治体政策法務をサポートする自治法制の在り方」北村ほか・前註6書80頁以下・92頁参照。

(77) 北村・前註50論文61頁参照。

度自治体に裁量権を与えるので省庁の抵抗は相当強いと思われる。また、解釈論では現状を打破しきれないので、立法措置によるべきである。

2 上書きを進める項目等の範囲や基準について — 国と適切に分担した自治体の役割 —

(一) 基本的な考え方 — 法律構造の基本的事項を除いた部分 —

法定受託事務も含め法定自治体事務全ての根拠法令に地域特性等を反映し得る柔軟性を持たせるべきとした場合、具体的の上書きを進める項目等をどう考えるべきか。

実際にどこからどこまでを上書きできるのか、すべきなのか — 上書きの範囲や基準 — の議論について、国家の根幹にかかわる重要なことは法令で定めるべきとする重要事項留保説⁽⁷⁸⁾が参考となる。しかし、分権等改革は国と自治体との役割分担の適正化を目指す以上⁽⁷⁹⁾、議論の出発点は、両者の役割分担を定めた自治法1条の2の規定でなければならない。同条は、自治体は「地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うもの」（1項）とし、「国においては……全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務……その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担い、「住民に身近な行

(78) 阿部・前註3書102～108頁、大橋洋一『行政法Ⅰ現代行政過程論』（有斐閣・2009年）35～36、273頁の本質性理論も参照。

(79) 一次分権委最終報告参照。北村・前註7論文20～21頁も国と自治体の適切な役割分担に注目する。これまでの分権等改革は、かつての中央集権では立ちいかなかったという「経験則」的な面と、自治体を構成する住民が自己決定でき権力をコントロールするという「理念」的な面が先行していたように思われる。一次分権委最終報告も、「ある事務事業を実施するかしないかの選択それ自体を地方公共団体の自主的な判断に委ねることこそが最も重要」であり、そのため「地方公共団体の事務に対する国の個別法令による義務付け、枠付け等を大幅に緩和していく」べきとしている。筆者も、かねてより、実践的にはかかる改革の方向性は間違っていないと考えていたが、地域等の事情を反映させることだけが目的であれば「自治体の意向を十分に踏まえれば中央集権でも同様の結果は得られるのではないか」との疑問が払拭できないでいた。しかし、同報告は「分権改革の真の目的は事務事業の分担関係を適正化することにある」ともしている。これらを調和的に理解するには、分権等改革とは国と自治体の適切な役割分担を実現する「補正」の措置であると整理すべきではないか。両者の役割に適切な「真の境目」があるとすれば、まだまだ不適切に国が自治体の役割を侵食しているので、自治体の本来の役割や権能を強調することで、その境目を「真に適切な位置」に「置きなおす」実践的な取り組みと考えるのである。法令の運用そして自治体によるカスタマイズ等でも自治体と国との適正な役割分担という意識が必要である。

政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たって、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるように⁽⁸⁰⁾することを求めている（2項）。この「抽象的」な内容をどこまで具体化できるかがポイントである。

国（法令）と自治体（条例）の役割分担は、端的には「当該法律のどの部分を国が自らの役割として整備するか、どの部分を自治体に委ねるか⁽⁸⁰⁾」ということであり、これを正面から議論する「法令の枠組み化」の研究が参考となる。今のところ両者を区分する明確かつ具体的な基準は示されていないように思われるが、北村喜宣は、法定自治事務を「法律が直接すべて規定する部分」と「自治体が担当する部分（法定自治事務部分）」に分け、前者を法目的や定義や規制の態様などの「法律構造の基本的事項」として「国会が、法律目的の実現のために、事務を直接に創出して、自治体を実施を命じ国が「関与権限を留保」するものに、後者を規制の人的対象や地理的範囲、規制基準や手続等の「自治体が担当する部分（法定自治事務部分）に関連する事項」として「国会が……法律を制定するが、具体的な規制制度の設計は、自治体に任せるといもの」に分け、規制方式や監督処分・刑罰も条例で規定されるとする⁽⁸¹⁾。法定受託事務についても同様に、「法律構造の基本的事項」と「自治体が担当する部分（法定受託事務部分）に関連する事項」に区分できそうである。

したがって、上書きの対象となる法令の部分は、「法定自治事務部分・法定受託事務部分に関連する事項」であり、規制の人的対象や地理的範囲、規制基準や手続等ということになる。自治体の関心事であり地域特性等を反映すべきものは、予防的対応

(80) 北村喜宣「地方分権改革と『枠組法』」北村分権政策法務68頁以下・73頁。条例制定権の範囲の根本的問題であるが、そもそも「条例で規制し得べき事項の範囲が必ずしも明瞭とはいえない」（田中二郎「国家法と自治立法（一）」法協80巻4号（1963年）1頁以下・1頁）ことは、つとに指摘されているが、未だ解決したとは言えないままである。

(81) 北村・前註10論文126～131頁参照。北村環境行政法35～36頁は、「法律が直接すべて規定する部分」を「国が独占的に担当する部分（国の行政的業務）」とし、「自治体が担当する部分（法定自治事務部分）」は「自治体が独占的に担当する部分（自治体の立法的・行政的業務）」であり「自治体による地域特性適合的対応を予定しつつ暫定的に国が決定する部分」とする。北村・前註80論文73～75頁は、枠組法という場合には、「具体的な規制制度の設計は、自治体に任せるといもの」、あるいは法律で制度はつくるが事務は自治体のものとするものとの「中間的なものが想定されて」おり、「法律は、自治体に対して必要最小限の枠組みを提供するという趣旨である」とする。

のために「誰」の「どの行為」を「どのように規制するか」にあるので実際の必要性とも合致している。

(二) 実際の考え方の方向性

現時点では方向性を示すにとどまるが、上書きを進める範囲については、国が完結的に定める範囲や内容を制限し⁽⁸²⁾、自治体が柔軟に運用等で対応し得る余地を拡げ、それを重視するべきであろう。

また、国と自治体がそれぞれ分担すべき役割の内容は一律ではないので、対象となる法令の目的により異なることも踏まえるべきである。

さらには、自治体がこれまで実際に行なってきた上書きが不合理でない限り違法とはならない仕組みでなければならない。それなら、これまでの上書きの実践を分析してエッセンスを抽出してはどうか⁽⁸³⁾。それぞれの事例の妥当性は確認する必要があるが、これまでの厳しい法環境の下でも上書きをしたのだから「真に」必要に迫られた、妥当な立法事実が存在する可能性が高いと思われる。

3 中央政府が提示する基準の「標準」化

現実の自治体の能力を勘案すると、国が上書きすべき基準のモデルを提示することは適切であるが、それはどのようなものとすべきだろうか。

法的拘束力がない上そもそも違憲の疑いさえある、従うべき基準は原則不要である。しかし、一～三次一括法はこのスキームで一貫しているところを見ると中央政府が自主的に見直す可能性は低いので、次善の策として現行のものを合憲的に限定解釈することも検討しておく必要がある。北村喜宣は、合理的でないものは「従うべき基準であっても、……標準なり参酌基準であるとみなして良い」とする⁽⁸⁴⁾。また、参酌する基準については、参酌したところで「結論が出ていないので保留」としてしまえば当該自治体事務は動かなくなるし、先に見たようにそもそも標準基準と区分する意義は認められない。中央政府が

(82) 松本・前註31論文2頁参照。

(83) ステージは異なるが、ケーススタディーから法制化したものとして、行政手続に関する最高裁判決（判例）を基にした行政手続法が有名である。大島稔彦（編）『法令起案マニュアル』（ぎょうせい・2004年）13頁は、立法の憲法適合性の判断基準についてであるが、「これまでの立法例などを参考にして考えていかなければならない」とする。

(84) 北村・前註43講演録106頁。同頁は「基本的に全ての基準は『標準』でよかった」とする。

示す基準を全て参酌基準として、基本的には自治体が決定するという整理もできようが、それでは基礎研究の能力も蓄積も不足するところが多い自治体に一からの組立てを求めることになり、現実的ではない⁽⁸⁵⁾。その点、「標準」基準であれば、その採否は自治体が決し、合理的な理由がある場合は修正等を行ない、自治体が納得するか修正等の案を提示できなければ当該基準が適用されるという構成がとれ⁽⁸⁶⁾、自治体の判断や作業の如何にかかわらず法令は最低限機能するというセーフティーネットとなる。したがって、全ての基準を標準基準と解するべきである。その際、中央政府が「なぜこのような基準を標準としたのか」を具体的かつ客観的に詳しく説明することが必要である。自治体が自団体のデータを標準基準に当てはめた上で採用するかどうかを判断・選択できるような基準の考え方——イメージ的には基準値を導出した算式まで——を示してそれを促すのである⁽⁸⁷⁾。

以上は解釈論をベースとしているが、地域の多様な特性等を反映するのであるから、立法論としても国が示す基準を標準とすることは現行憲法下でも可能である。

4 上書きのプロセスについて — 国と自治体のそれぞれの説明責任と実効的な協議 —

(一) 国の「法令の上書き容認」のインセンティブの向上

法令をカスタマイズ等し、より望ましい上書きを進めるには、ユーザー（自治体）側の主体的・積極的かつ周到な戦略と実践が不可欠であるが、それ以上に「法令改革」が必要となる。それには、まずは法令の制定等および当該改革の主体となる国を「その気」にさせなければならないが、どのようなアプローチを採るべきであろうか。中央政府も「自治体と同様、地方分権改革を踏まえた法解釈の経験がない」⁽⁸⁸⁾うえ、

(85) 地方行財政調査会が行なった「都道府県の道路構造令の条例化取り組み状況調べ（23年9月1日現在）」（2011年10月11日資料6408号）によると、埼玉県は「大幅に見直したい項目もあるが、研究機関を持たない各地方自治体が根拠を示すことは困難」、千葉県は「研究機関等もなく、独自基準を設定することは困難」と回答している。

(86) 北村喜宣「地方分権時代の環境法」北村分権政策法務92頁以下（初出2005年）・103頁も同旨と解される。岡田・前註47論文も参照。なお、岡田博史「自治体から見た地方分権改革——自治立法権に焦点を当てて」ジュリスト1413号（2010年）22頁以下・28頁は、通則法の制定を通じてだが、現行法によるか上書きによるかは自治体の力量に応じて対応すべきとする。

(87) 日野稔邦「佐賀県における一括法対応とそこから見えたもの」自治総研415号（2013年）28頁以下・45頁も同旨。全国知事会も一次一括法成立直後に政府に同様の要望をしたとのことである。

(88) 北村・前註44論文132頁。

既存法を「一部改正して分権適合的にしようというインセンティブはない」⁽⁸⁹⁾とされる。枠付けの緩和を巡っての国会審議を見ても、中央政府は、内閣法制局の「国会が唯一の立法機関」であるとする憲法41条との抵触への懸念⁽⁹⁰⁾を論拠に、一般的には上書きは不可能であり、大防法や水濁法のように例外的に個別法かつ明文で上書きを認めている場合か、現在一部実現されている法令で決定したものを条例委任するところまでしか認められないと考えているようである。しかし、根源的には各省庁の法令の「縄張り」意識や条例観が支障となっているのではないか⁽⁹¹⁾。法令を用いるのは全国的な最低基準（ナショナル・ミニマム）を達成するためであるから、国が全国一律性を志向し必要に応じ詳細な制度の設計と整備を行なおうとすることは当然であり理解できる。むしろ、「法令を侵食されることに我慢できない」という感情的な部分が不合理なブレーキとなっているのではなかろうか。

現場の判断に頼らざるを得なかった限界状況と言える東日本大震災津波を経ても特に状況が変わっていないことからすると、上書きの深化や拡大に消極的な国とりわけ省庁にかかるインセンティブを持たせるのは困難である。中央政府自身も踏み込んだ上書きを可能とする法案は閣法として提案できず、国会修正や議員立法の可能性しか

(89) 北村・前註86論文109頁。

(90) 2010年4月8日の衆議院総務委員会で、原口一博総務大臣が、「法律の制定は国権の最高機関とされている国会によって行われる、地方自治体の条例は法律の範囲内とされている、これは憲法です。ですから、これを踏まえて、上書き権については慎重な検討が必要であるというのが政府の答えです。」と憲法41条を重視する答弁をして以来、中央政府は大臣が変わっても一貫して同旨の答弁を繰り返し、現在に至っている。総合特区法の審議でも、2011年4月27日の衆議院内閣委員会で片山善博総務大臣は「各自治体が上書きといいますか修正できるというのは、我が国の今の憲法体制のもとでは認められないということが法制局の見解であり……、私も実はそう思っております。」と答弁している。

(91) 二次分権委でさえ、自治は国が与えるものであり、現行法令を分権的にするためには個別に授權規定を設けなければならないとの発想のもとに検討が進められたようである（北村喜宣「条例制定権の拡大と枠付けの見直し」ガバナンス2011年2月号25頁以下・26頁参照。）。枠付けの見直しは「女人受けするテーマで、委員会内部の反応は乏しく、行政法学者の小早川〔光郎〕委員にほとんど全権を委任したに近かった」とされており（大森彌『政権交代と自治の潮流——続・希望の自治体行政学——』（第一法規・2012年）65頁参照。）、「法令の根拠のない書き換えは認めない」との立場をとっている小早川の「条例観」がそのまま二次分権委のそれとなっているように解される。

ないと考えているようである⁽⁹²⁾。そのようななか、中央政府に上書きの意義を理解させるとしたら、そのメリットを認識させるか、上書きを容認せざるを得ない状況に追い込むか⁽⁹³⁾しかなかる。ただし、「その気」の薄い相手にメリットだけをアピールしても、法令は不完全であり、そのような法令しか制定できない「国の存在意義はない」と聞こえれば、さらに意固地にさせ逆効果になりかねない。社会におけるメリットは十分議論されているので、中央政府にとってのメリットに絞ってアピールすべきである。また、容認せざるを得ない状況に追い込むにしても、少しでも省庁の協力を得る必要がある。したがって、両方のアプローチをミックスさせながら行なうべきである。

(二) 中央政府にとっての上書きのメリット

中央政府にとっての上書きのメリットとしては、当該法令の具体的な運用の責任を負わなくて済むことが挙げられよう。上書きした基準に基づいて運用する場合には、当該自治体しか事情等は知り得ず、その責任も取り得ない。相対的に中央政府の責任は減少する。

さらに、あてはめる事実ぴったりフィットし、「生きた」法令として機能するので、当該法令の立法趣旨がより望ましい形かつ実際の運用レベルで達成し得ることも挙げられよう。メーカーとしての国とユーザーとしての自治体の意思も調和し得る。

加えて、法令改正等の方向性が示され得る。自治体は現場での実務を有するだけに、問題の認知や「公共化」は国よりも先行するし（認知的先導性）、「全国的には未だ法的対処となっていない事案に対して先導的・試行的に対処することがあり（試行的先導性）⁽⁹⁴⁾、「法創造の最先端実験室」⁽⁹⁵⁾と評される。立法時には法令に取り込め

(92) 復興特区法の審議において、2011年10月5日の衆議院東日本大震災復興特別委員会で平野達男東日本大震災復興対策担当・防災担当大臣は、「政府として法律の上書きというものを閣法の中で入れるということについてはなかなか難し[く]……、可能であれば国会の方で、立法府で議論いただければありがたい」と答弁している。同年11月1日の衆議院本会議で野田佳彦内閣総理大臣は、「条例による法律の上書きについては、国会に対して地方公共団体に立法権限の一部の委譲を求めるものであり、事後チェックを導入したとしても、政府提案として国会に提出すべきではない」と答弁している。

(93) 実際、大防法や水濁法の際も、条例規制が先行し「既成事実」が積み重ねられ、「今さらひっくり返せない」状況が国に突き付けられていたから可能になったのであろう。

(94) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討——メニュー主義と認知的・試行的先導性——」原田純孝『日本の都市法Ⅱ 諸相と動態』（東京大学出版会・2001年）321頁以下・326～329頁は、さらに、課題認知能力の国と自治体の差異は「構造的」とする。

(95) 北村環境行政法2頁。

ない内容もあるし、その時点では想定し得なかった事態が往々にして生じる場合もあるろう。それらを肌で感じ、根源的な原因等まで達することができるのは当該法令を実際に運用する自治体のみであるので、真の必要に迫られ上書きするのである。そこにこそ法令の改善の真の「種」がある。各地域で同様の立法事実が認められ同じような条例の制定等が行われるのなら、国はそれを公約数的に拾い上げ法令改正等で解決すべきである。

(三) 上書きのプロセス

(1) 国の説明責任

国が何故その項目等を上書きの対象にしたのか、従うべき基準・標準・参酌基準のいずれにするのかは非常に重要だが、実務的には、中央政府が示した基準が「なぜそのような内容としたのか」という実体的なものが重要である。したがって、国には基準の内容とその理由等を自治体側に十分に説明する義務があろう。それは、先にも見たように地域のデータを代入できる算式のレベルまで示す説明である必要がある。

(2) 自治体の説明責任

従前から地方六団体は自治体に影響のある法令案に対し意見申し出ができ（自治法263条の3第2項）、各大臣に情報提供を求め（5項）、その意見申し出に対し内閣は回答する（3、4項）こととされていたが、国の協議義務は法定されていなかった。2011年に制定された「国と地方の協議の場に関する法律」でかかる場を設けることとされたので、それを有効に使うべきである⁽⁹⁶⁾。ただし、真に対等かつ協力関係を築くならば自治体もオープンな役割を担うべきである。国に前述のレベルの説明を求めるのであるから、自治体が制定権限のない法令を「いじる」上書きを行なう場合には、国に説明・協議し「仁義を切る」のは当然であろう。国が把握した立法事実の実現を図る必要があるし、国と自治体が連携して運用する以上、情報の共有は不可欠である。

(96) 岩崎忠「法令の規律密度と自主解釈権」ガバナンス2013年8月号33頁以下・35頁も同旨。なお、逢坂誠二「国と地方の協議の場はどう機能したか」月刊自治研55巻643号（2013年）34頁以下・41頁は、「国には、地方との真正面からの協議を避ける傾向がある」と指摘し、「地方側から会議の開催を積極的に働きかける必要がある」とする。

(3) 国と自治体の協議

法定されたオフィシャルな場で、手続に従って、国と自治体が双方の説明責任を尽くし、意見交換を行なった結果であれば反故にされることはあるまいし、実現の有無にかかわらずそこで示された見解は記録として残り、一定の権威を備えることになろう。国を追い込むことにもなる。

ただし、運用主体である自治体の判断により地域特性等に法令を適合させるためのものであるので、かかる協議は国の同意を要するものとすべきではない⁽⁹⁷⁾。しかし、国と自治体が相互に理解し、合意まで達することが望ましいことは当然であり、それに向けた議論が重要である。

四 法令のスケルトン化による条例決定事項の拡大 — 条例と法令との新たな役割分担 —

1 法令の枠組み化とは

(一) 法令の枠組み化とその議論状況

上書きは現行の法令を前提にする以上、抜本的に改善したつもりでも全国一律的な制約からは完全には逃れられない。それを克服するには、法令自体を「作り付け」から根本的に改造し、あるいは今後、制定等する法令は新たな発想に基づいたものとする必要がある。それは、法令で決定する範囲を根幹的部分のみの概括的・枠組み的なものに限定し、そのぶん条例で決定する範囲を拡大させ、できるだけ自治体の法政策裁量に任せることになろう。法令の枠組み化⁽⁹⁸⁾の議論そのものである。そこまでしてこそ法令改革と言えよう。

成田頼明は1970年代には立法活動における国と地方の新たな機能分担を主張しており、「国の法律で基本的な制度の大枠を定めるとしても、細目の規範の補充をなるべく条例によらしめ、地方公共団体が地域の実情にあわせて対処することはできるよう

(97) 北村・前註80論文74頁は、法定事務の「具体的な規制制度の設計は、自治体に任せる」が、事務の内容によっては当該条例を大臣協議に附すことも考えられ、「不同意要件を限定したうえで」としながらも、その協議は「大臣との同意を要する」とする。

(98) 北村・前註10論文163頁参照。

に配慮するのが望ましい」としている⁽⁹⁹⁾。1990年代には斎藤誠は枠組み法の「仕組みは、既存の制度に組み込むことが可能で、十分に現実的」とし⁽¹⁰⁰⁾、2000年代に入り磯部力は「国は法律で基本的な道具立てを準備し、かつ標準的なメニューを用意するにとどめ、自治体の創造的な取捨選択を当然に前提とするという関係こそが、新しい標準的な立法作業になるという時代が来るべき」としている⁽¹⁰¹⁾。北村喜宣はさらに解析的に議論を深め、現時点では法令は原則として全国的な視点から一次決定をした「標準法」であり、地域等の事情を反映した合理的な内容であれば自治体が二次決定し条例で自由に書き換えられる「枠組み」を提供すべきとしている⁽¹⁰²⁾。地方分権改革推進会議『地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見』（2004年5月12日）と全国知事会の国の過剰関与等撤廃研究会『「地方自治に対する国の過剰・関与の撤廃」に向けた提言：真の自治法自治の確立のために』（2004年7月）の双方で、法令の枠組み化を進めることが議論されている⁽¹⁰³⁾。

上書きは、既存の法令と条例との重なりあう部分の存在が前提であり、法令の「修正」という色彩が濃い。これに対し、枠組み化は、作り付けの段階から「法令が条例の邪魔をしないように作る」ことだとも言えよう。後者の方が、法令の規律密度が下がるので自治体の裁量が抜本的に拡大し、自治体決定の確実性、適法性等も格段に保障され、明快で住民等にも解りやすいように思われる⁽¹⁰⁴⁾。また、上書きは対象となる法令の自主解釈を重視するのに対し⁽¹⁰⁵⁾、枠組み化は立法論が中心である。枠組み

(99) 成田頼明「国と地方の機能分担 — 国の立法活動及び計画への地方の参与・参加を中心として」『地方自治の保障《著作集》』（第一法規・2012年）247頁以下（初出1977年）・250～252頁。

(100) 斎藤誠「新たな地方分権・自治の法」前註38書74頁以下（初出1997年）・95頁。

(101) 磯部力「条例 — 何ができ、何ができなかったのか」都市問題96巻5号（2005年）70頁以下・77頁参照。

(102) 北村・前註44論文124～125頁参照。

(103) 北村・前註86論文103頁参照。

(104) 枠組み化を進めていけば、法令の役割は狭まり、そのぶん条例の役割が広がるので、両者が「重なり合う」部分はなくなり、オペレートはともかくカスタマイズの部分は薄れてこよう。それに伴ない、条例による法令の上書きも不要になっていく。このように、法令と条例の抵触の議論は「規範抵触」から「役割分担」に向かっていくのではないか。

(105) 北村・前註43講演録105頁は、解釈にはリスクを伴い、その全ては自治体が負うことを指摘する。したがって、どこまで法令を地域等に適合的に解釈しカスタマイズ等ができるかは自治体が主体性を持ち、北村が言う「解釈のリスク」をすべて負う決意と覚悟があるかどうかである。実際には、直接法令を運用する職員ひいては首長の決意と覚悟に結果は比例するように思われる。

化が進めば、法令と条例の役割分担もより明確化し、究極的には両者が重なる（抵触）部分すなわち上書きを行なう領域も消えていくものと思われる⁽¹⁰⁶⁾。

（二） 枠組法モデルとしての墓埋法および景観法

（１） 枠組法としての墓埋法

枠組法と評される現行法としては、1948年に制定された「墓地、埋葬等に関する法律」（墓埋法）⁽¹⁰⁷⁾がよく知られている。同法が枠組法として注目されるのは、「墓地、納骨堂又は火葬場を經營しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない」（10条1項）とし、許可基準や手続は示さずに知事に委ねている点にある。機関委任事務が大半だった制定当時から、「知事の現地の実願に即する裁決によつて決めて行きたい」、地域特性等に応じ「本法の目的に適うかかなわないかという点を目安にやつて行きたい」⁽¹⁰⁸⁾との現在の分権等改革に通じる発想がなされていることは注目に値する。その立法趣旨に基づき、当該事務⁽¹⁰⁹⁾は「従来から都道府県知事に広範な裁量権が認められ、地域の地理的状況や風俗、習慣等各地域の実情に適合した運用がなされて」いる⁽¹¹⁰⁾。

しかし、同法自身「墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする」（1条）と定め、所管する旧厚生省（現厚労省）が「許可条件は、各地方の地理的条件及び宗教慣習などを異にするので⁽¹¹¹⁾、画一的に定めることは困難」であり「実情に応じ処置」⁽¹¹²⁾すべきとしてきたのは、墓地や葬祭

(106) 理念のかつ究極的には、国と自治体の役割分担も同様であろう。

(107) 同法についての総合的研究として竹内康博『墓地法の研究』（成文堂・2012年）参照。

(108) 1948年5月27日の参議院厚生委員会での三木行治政府委員答弁。

(109) 1983年に機関委任事務から団体委任事務に、2000年に自治事務になるなど当該事務の法的性格の変遷があった。なお、1983年の「行政事務の簡素合理化及び整理に関する法律」により、同法10条1項については「省令の定めるところにより」との部分削除の改正が行なわれている。

(110) 生活衛生法規研究会（監）『新版 逐条解説 墓地、埋葬等に関する法律（第2版）』（第一法規・2012年）7頁。

(111) 筆者が在住する岩手県では火葬をしてから葬儀を行なうのが一般的であるが、新潟県では葬儀後に火葬することを体験し、風習の違いに驚いたものである。

(112) 行実昭和27年（1952年）5月23日「墓地、埋葬等に関する法律並びに理容師美容師法運営上の疑義について」（衛環第43号 厚生省環境衛生課長から岡山県衛生部長あて回答）

等は千差万別で宗教的感情も絡み⁽¹¹³⁾、全国一律性を旨とする法令で「決めなかった」のではなく「決められなかった」というのが実情ではなかろうか。

(2) 枠組法としての景観法

2004年に制定された「景観法」も枠組法の代表的なものとして注目を集めている⁽¹¹⁴⁾。景観行政団体になれば実体的な内容を景観計画に盛り込み（8条）、その内容を許可基準としたり（2章4節など）行政指導や計画変更命令の対象とすることができ（16～18条）⁽¹¹⁵⁾、それらの決定の多くは条例に委ねられている。そもそも、指定都市・中核市以外の市町村は景観行政団体にならなければ同法の具体的な規定は適用されず（7条1項、98条）、同法を利用するかどうかは当該自治体の自由な判断にかかっていることが大きな特徴である。

景観法を枠組法と「せざるを得なかった」のは、自治体の景観政策がかなり先行し多くの「既成事実」が積み重ねられ「今さらひっくり返せないこと」が大きかったものと思われる。実際、2004年5月14日の衆議院国土交通委員会と同年6月10日の参議院国土交通委員会双方が、自治体の地域特性に応じた自主的な取組みを阻害しない旨の付帯決議を附している。さらには、同法の保護法益が多様な価値観が交錯する「景観」であることの特殊性も大きかったように思われる⁽¹¹⁶⁾。国立マンション事件最高裁判決（平18・3・31判時1931号3頁、最高裁HP）で、「景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されている」と判示されたように、全国一律性を旨とする法令で「決めきる」ことはで

(113) 田口一博「墓地関係条例 — 川崎市墓地等の経営の許可等に関する条例を中心に —」北村喜宣（編）『分権条例を創ろう！』（ぎょうせい・2004年）189頁以下・190頁は「宗教活動と表裏にある墓地に対する国の介入が避けられてきたこと」を指摘する。

(114) 枠組法としての景観法については、北村喜宣「地域空間管理と協議調整 — 景観法の7年と第2期景観法の構想」高木光＝交告尚史＝占部裕典＝北村喜宣＝中川丈久（編）『〔阿部泰隆先生古稀記念〕行政法学の未来に向けて』（有斐閣・2012年）341頁以下・342頁を参照。北村喜宣「景観法と政策法務」北村分権政策法務190頁以下（初出2008年）、同・前註24論文も参照。

(115) 2004年5月11日の衆議院国土交通委員会で竹歳誠国土交通省都市・地域整備局長が、各地の積極的な景観行政を展開する根拠の自主条例の「規制の担保というのが勧告どまりであり、なかなか強い力を発揮できなかった」と答弁し、同局の都市計画課が監修した『逐条解説 景観法』（ぎょうせい・2004年）9頁は、景観法は「条例では限界のあった強制力を伴う法的規制の枠組みを用意する、こととしている」とする。

(116) 北村・前註24論文198頁も同旨。

きなかったのである。国土交通省のパラダイム転換によるとも指摘されているが⁽¹¹⁷⁾、進んで分権等改革に適うようにしたというより、「法令だけでは完結し切れなかった」というのが実情ではなかろうか。

2 法令の「枠組み化」から「スケルトン化」へ

(一) 法令のスケルトン化

課題解決のツールである法令を地域特性等に理想的な形でフィットさせるとは言え、自治体が全てを条例で決定するのは現実的ではない。自治体の裁量権の拡大や法令および条例の役割分担と実現可能性を勘案すれば、一部実施されている法令の枠組み化を究極の程度に進めることが考えられよう。観念的になるが、法令を法としての「体をなす」程度まで内容を削ぎ落とす、いわば「スケルトン（骸骨）化」を行なうのである⁽¹¹⁸⁾。それを進めていけば、最終的には、法令に規定するものは立法目的と要件・効果の大枠のみとなろう⁽¹¹⁹⁾。

(二) 上書きと同様の論点 — スケルトン化の基準、セーフティーネット、プロセス、自治体の格段の政策法務能力の要求 —

どこからどこまでをスケルトンとするかは、国と自治体の役割分担に帰着し、上書きの議論と同様になろう。法令と重なる部分を条例で上書きをするか、条例と重ならないように法令をスケルトン化するかの違いであるように思われる。

スケルトン化が実現しても、関連条例なくしては法令は機能しないこと、国は標準基準を示し、条例が制定されなければ当該基準が機能するセーフティーネットを講ずべきことも上書きと同様である。ただし、それに対応した条例の制定等は条例決定する項目等も程度も広がり、上書きに比して格段に上回るレベルが要求されるので⁽¹²⁰⁾、相当程度の立法能力を有する自治体向けにとどめることが現実的なかもしれない。

上書きの容認でさえ国のインセンティブははたらき難い上、立案の大多数である閣

(117) 北村・前註24論文217頁参照。

(118) 北村・前註86論文98頁も同旨と解される。

(119) 北村・前註86論文107頁も同旨の可能性について触れている。

(120) イメージとしては、希望する全市町村が上書きをできるようにし、そのうち一定以上の立法能力がある市町村についてはスケルトン化した部分以外の事項等を条例で定めることができるという「二段階」式である。具体的な制度設計案については今後検討を重ねたい。

法の法案審査を担当する内閣法制局は「かなり詳細な内容までを法令のなかに規定することを求める傾向にあ[り]」⁽¹²¹⁾、法令の決定事項そのものが限定されるスケルトン化については、中央政府はなおさら消極的になろう。枠組法さえ事例はあまりないので、実績を示しスケルトン化が望ましいと国に認識させることは困難であり、現時点では「スケルトン化せざるを得ない」、「ほかに方法がない」というところまで追い込む以外の方策はなかろう。国と地方の協議の場等オフィシャルな場で国と自治体が議論するプロセスが必要である。

3 法令のスケルトン化の先に — 自治事務の「法定外」化 —

法令のスケルトン化を進めていけば、いずれは自治事務については法定すべきものは無くなり「法定外」化に向かうのではないか。自治体は、地域にとって本当に必要な事務であれば自らの判断で実施する。他自治体の動きに敏感であるし、横のつながりである自治体間の連携も発達しているので相互にベンチマークし、伝播しあう。もちろん、自治事務の「法定」は最低基準の保障であり事務の財源の国の手当て（交付税や補助金等）にもつながるので、「法定外」化はメリットだけではない。しかし、根本的なことから地域が選択・決定し責任を負うことこそ向かうべき方向性であろう。

五 残された課題等

1 適法性の確保

本稿は、自治事務に限らず法定自治体事務全体について根拠法令を地域特性等を十分に適合させながら柔軟に運用する必要があることから、現在の上書きを改善しながら用い、

(121) 北村喜宣「地方分権一括法施行と法律・通達の変容」北村分権政策法務27頁以下（初出2003年）・35頁参照。分権等改革の本旨は国には「あまり詳しく決めるな」、自治体には「責任を持って詳しく決めよ」とのメッセージでもあろう。しかし、内閣法制局は、「政策は条文に正確に表現されているか」とりわけ定義規定を重視した審査が行なわれており（仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北法61巻6号（2011年）183頁以下・190～191頁参照。）、条文に書ききっているかを注目し法令の詳細化を志向していると指摘されている（北村・前註44論文126頁参照。）。

法令をスケルトン化し、一層条例を進化させることを提案した。具体的な提案を目指したが方向性を示したに過ぎず、その実現に向けてはいくつかの論点を残している。

まず、条例論の中心である適法性審査の方法や内容を検討し、それをクリアするものとしなくてはならない。上書きやスケルトン化に対応した条例の適法性の議論は、従来の条例論とは土俵が異なるように思われる。北村喜宣が主張の中で用いる「ベクトル」を法令の授権の範囲に加え立法目的の方向性を示すものとして捉えなおすと、従来の議論は、法令と条例のベクトルの「交錯」の有無からスタートしているように思われるが、上書きにおいては両者の方向性は一致しているので交錯は生じない。双方のベクトルの「太さ (range)」や「長さ (length)」の関係の整理ではないか。法令が実現を目指しているはずの憲法的価値の中におさまる上書きあるいはスケルトン化ならば当然に適法である。これまでの法環境のもと、自治体が苦勞して実践してきた内容が原則的には適法となるような制度設計となるべきであることはこれまで確認してきた通りである。遠くない将来、さらに議論を深めながらとりまとめたい。

2 住民の満足度の把握と反映

分権等改革は地域の福祉増進を目的とする。究極的には地域住民の「幸福の追求」であり「満足度の向上」であるので、上書きやスケルトン化も住民が満足するものでなければならない⁽¹²²⁾。「住民の満足度」⁽¹²³⁾はその主観に大きく係わり、その充足は困難であるが常に思いを致す必要がある。

筆者は、現在の議論は、手段に過ぎないはずの上書きがどこまでできるかばかりが目され、本来の目的である住民の福祉や住民満足度の向上がないがしろにされていないか危惧している。いっそう豊かな議論を深めていくためには、自治体の究極的な存在意義とさ

(122) 千葉・前註54論文566頁、西尾・前註16書151頁も同旨。

(123) 筆者は自己の岩手県職員としての自治体実務を通じ、かねてより本来行政が目的とする住民の福祉増進のためには「住民の満足度」を高めなければならないことを実感している。そのため、ツールである行政法においても、これまでは必要以上に捨象されてきたときえ思われる「名宛て人や住民の主観」——「リスク・安心」、「満足度」等——に注目せねばならないと考えている。2005年から2年間、上智大学大学院博士前期課程で学んで以来の研究関心の根本には常にそのことがあった（たとえば、千葉実「許可制度の今日的意義とその実現について——産業廃棄物処理施設設置許可制度を題材にして——」明治学院大学法律科学研究所年報26号（2010年）221頁以下、千葉・前註54論文など。）。

れている「住民の基本的人権の尊重に資しているか」⁽¹²⁴⁾が問われ続けなければならない。その達成度を定量的に測ることは困難であるので、住民の満足度の把握に取り組むべきである。この点についても、さらに検討を深めていきたい。

(ちば みのる 岩手県職員)

キーワード： 枠付けの緩和／法令の柔軟化／法令のカスタマイズとオペレート／
条例による法令の上書き／法令のスケルトン化

(124) 佐藤英善「公害防止における法律と条例」戒能通孝（編）『公害法の研究』（日本評論社・1969年）168頁以下参照。